

# イタリア法史学の傾向と問題点

村 上 義 和

## 一

わが国において、法史学の方法論の諸問題に対して、いちはやく厳しい目を向けたのは、平野義太郎「観念論法学の批判」(一九三三年)である。平野は、畸形的、早熟的な日本法学界が無史観たらざるをえない必然性を描きだすとともに、法史学が、政治的必要から「法制」史学として成立が迫られた学史的沿革からして、「法源たる法制・官制を訓詁し、注釈するよりほか一歩も出ないことに、みずからを狭隘化することを、技術としてきた」<sup>(1)</sup>必然性を叙述し、批判した。そして平野は、この隘路から脱して科学的構成を可能にするものとして、史的唯物論の具体的適用としての法史学の方法・歴史理論を提起したのであった。しかし、平野のこの批判と提起は、その時代、内容と方法もあって、わが国の法史学界によって受けとめられるものではなかった。

イタリア法史学の傾向と問題点(村上)

とはいえ、法史学とその固有の生存価値が問われたのはわが国のみのことではない。単なる博学者に下落したかの法史学者達に対して、彼らの外部で、彼らの研究上の寄与もなく行われている壮大な闘争に参加すべく諫言したのはシエーンフェルトであつた。<sup>(2)</sup> またすぐれて方法論上の問題に挑んできたミッターイスは、第二次世界大戦後いちはやく、法史学が専門家のための死せる素材として、知るに価しない事柄に関する学問として現われることに対して、あるいは単なる補助科学の序列に閉じこめられることに対して警鐘を鳴すとともに、法史学が生存価値を有すべく方途を提言した。<sup>(3)</sup>

このような事態は、イタリアにおいても同様であり、法史学の課題と方法をめぐる諸問題が新たに自覚的にとりあげられるようになるのは第二次大戦後、とりわけ五〇年代以降のことである。確かに、法史学の課題と方法にかかわる問題が、それまでのイタリアにおいてはまったく不問に附されてきた、とはいえない。

例えば、イタリア法の歴史的性格をめぐって。イタリアの法史学は、伝統的に、イタリア法の歴史をローマ法、ゲルマン法、カノン法の三つの規範体系もしくは法体系の展開としてとらえてきた。このような見方は、前世紀の三〇年代にガルゼッティにみられるが、そこでは、イタリア法史は *romanesimo*, *germanesimo*, *catholicesimo*, *gentilismo* の葛藤としてとらえられた。<sup>(4)</sup> このような観念は政治史学に強力であり、それは、イタリア史を、とりわけ中世史を、ローマ的要素とゲルマン的要素、その時々でそのどちらかと結合し、総じては両要素の媒介者であるカソリック的要素という構成においてとらえた。この三分割法によるイタリア法史の伝統的観念をめぐって、研究者間で論争が際限なく引きつがれる。各要素の純粋な状態の把握をめぐってもその一つであるが、古典的な三分割法にとど

まるある論者をして、三つの「因子」はすべからく交互に交わり、しばしばそれらの始源的な性質を修正するような相互の影響によって交叉しており、各法制度の始源の厳密な確認に到達するのは必然的に困難である、と云わしめた。<sup>(6)</sup> またイタリア法史における各要素の相対的重要性をめぐって。ゲルマン法に重要な部分を認める説。ローマ法あるいはキリスト教的影響にそれを認める説。さらには、ドイツのロマニステンへの親近性を示しながら、ローマ征服以前に存在するイタリア法を民衆法のなかに認める説。われわれは、これらのことを、例えば、ゲルマニストの Francesco Schupfer、ゲルマン法学の流れに対する鋭い批判者 Nino Tamassia、ローマ法が中世の全盛期にまで中断されることなく発展していく連続性を示した Enrico Besta などのすぐれた成果のなかにすでに見ることが出来る。<sup>(6)</sup>

このように、イタリア法史学は、個々にそれ自体としては興味深い、かつ重要な問題を含んだ論争を展開してきたし、またそこから貴重な成果が生みだされてきたことは否定出来ない。しかしながら、さきに投げかけられた視点から伝統的なイタリア法史学をとらえなおす時、そこには克服されるべき共通の特質があることもまた否定出来ない。<sup>(7)</sup> それは、いくつかの例外を除けば、研究対象の中世期への時代的集中、すぐれて記述的な性格、法源もしくは制度の時間的変遷のメタ歴史的な特質である。このようなイタリア法史学の特質がなぜもたらされたのか、またそれを克服する上での問題点を探るのが本稿の課題である。<sup>(8)</sup>

(1) 平野義太郎『法の変革の理論』、法律文化社、一九六二年、一八四頁。

(2) W. Schönfeld, *Vom Problem der Rechtsgeschichte*, Halle-Saale, 1927, in *Schriften der Königsberger Gelehrten Gesellschaft, Geisteswiss. Klasse*), 6, p. 351.

- (3) H. Mitteis, *Von Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar, 1947, p. 8. 林 毅訳『法史学の存在価値』創文社、一九八〇年、四一五頁。
- (4) Garzetti りうじてい B. Croce, *Storia della storiografia italiana nel secolo XIX*, 1921, II, pp. 36-37.
- (5) A. Solmi, *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma, 1937, pp. 74-75.
- (6) これらのすべれた総括は、次の文献で与えられる。H. Mitteis, *Zur Lage Rechtsgeschichtlichen Forschung in Italien*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Germanistische Abteilung*, LXIX, 1952. G. Cassandro, *Metodologia storica e storia giuridica*, in *Annali della Fac. di Giurispr. dell'Università di Bari*, n. s., IX, 1949. B. Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973. とりわけパラディーシの著書は、ますます重要になってきている諸課題を、彼が法史学に提起してきた新しい視点から解明してきた諸論文を収集したものであり、本稿の課題からも、それ自体考察の対象とされるべき価値をもつものと思われる。
- (7) 例えば、クローチエの思想を継承するカサンドロは、われわれとは異なる立場から、伝統的三分割へ批判の目を向ける。彼によれば、古典的な三分割の価値は、分類と目録のためには有用性をもっているが、実在の認識を与えないし、したがってまた真理の判断や歴史解釈の標準に展望を与えるものではない。ローマ法、ゲルマン法、カノン法は具体的実在として理解されるべきではなく、それらは歴史のなかには見い出されないとこころの抽象である。法や法制度を、抽象的に図式論のなかにあるいは純粋にドグマティックの構成のなか集約しない。G. Cassandro, op. cit., p. 120.
- (8) 本稿作成上、すでに揭示したもののほか、その多くを次の諸論文に負っていることをあらかじめ明示しておきたい。A. Schiavone, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in *Democrazia e diritto*, 1973, n. 2. L. Berlinguer, *Cosiderazioni su storiografia e diritto*, in *Studi storici*, 1974, n. 2. A. Mazzacane, *Problemi e correnti di storia del diritto*, in *Studi storici*, 1976, n. 3. U. Cerroni, *Il diritto e la storia*, in *Democrazia e diritto*, 1965, n. 3; *La Libertà dei moderni*, Bari, 1968.

近年は、研究の中世期への時代的集中に対して、専門研究者の内外からの批判と自省が行われてきているが、それとともに、イタリア法史における中世研究の新しい意義も探求されてきている。ここでは、歴史研究が評価の客観性と判断の平静さを堅持するためには、現代の諸々の情熱から必要なまた公平な距離を保たなければならないという信念は、近世以降の研究への禁欲性をもはや証明することにはならない。

確かに、中世期への研究関心の論拠は多様であり、そのうちの若干は客観的な重要性をもっている。一九世紀の後期ローマン主義および国民民主主義的諸運動以降は、国民国家中心の歴史叙述の全盛時代であったので、全ヨーロッパ的な諸連関が、つい最近に至るまで、歴史叙述の前景に現われてこなかったのは、ドイツにおいてのみのことではなかった。<sup>(1)</sup> イタリアでの中世法史研究は、中世社会の統一化の要素・原理としての「普通法」というテーゼによって展開されたが、そこにも歴史的に刻印されたイタリアの風土のさまざまなローマン主義的で民族主義的な特殊な緊張が流れこんでいたことは否定出来ない。確かに、リソルジメントの人々を鼓舞した市民的政治的熱情は、注意深いまじしばしば最もすぐれたこの学識の諸手段をもって、中世の暗澹たる時代のなかに、イタリア民族の統一した運命のしるしと予測を求めたものであらう。<sup>(2)</sup> このような事態は、グラムシの次の指摘によってよりよく理解されるであらう。『リソルジメント』という語が、他の『国民的リスコッサ』とか『国民的リスカット』などの表現とともに、狭義の国民的・政治的意味で使われたのは一八〇〇年代である。これらの語はいずれも過去に存在したある状態への復

帰、ないしは分散している民族的エネルギーが一定の集中的・軍事的核心のまわりに、攻勢的に回復されること（『リスコッサ』）、ないしはある奴隷状態から元の自主性へと復帰する解放『リスカット』といった意味をもつ。したがって、これらの語は、ローマから始まって近代国家の統一に至るイタリア半島で展開する歴史の、本質的な継続性という民族的・文学的伝統——それからイタリア国民がローマとともに『生まれ』、『興った』ことが分かる——と緊密に結びついているために、その語からギリシア・ローマ文化が『再生した』とか、国民が『再興した』等々のことが連想されるから、翻訳はなかなかむずかしい。<sup>(3)</sup>「サルヴァトレルリによれば、『リソルジメント Risorgimento』とは、かつて存在したものが、しばらくの間の中断の後、再現へと回復することを意味する。<sup>(4)</sup>普通法への回復とリソルジメントの民族主義的精神との連動を暗示するものであるが、このような事態は一八〇〇年代にのみ限定されるものではない。<sup>(5)</sup>さらに、これに、政治上の確認、イタリア中世史は巨大なヨーロッパ史であり、半島の政治的推移がヨーロッパの中心に設定される時代、が加えられる。それだけに、有力な統一君主の形成の遅滞という、ヨーロッパ史においてはマイナーな歴史として位置づけられるような諸時代への無関心が増幅されました。

主として政治的に説明される現象は、法史にとって、さらに特殊な意義を担わされる。当時のイタリア法文化は、決定的な指導的文化として考えられたのであり、国境を超えて、ヨーロッパの技術的文化的な継承財産をつくった。「統一的な巨大な法体系に生命を与えることの出来た時代」、「強力な精神的結合」、「人間生活の各々の局面の唯一の原理への還元」を実現した時代であるが故に、中世は法史上特権的な対象であった。<sup>(6)</sup>注釈学派や助言学派などの活動を通じてのローマ法の世襲財産の運命に当時の法文化の変遷は結びつけられていたのであり、ローマ法は、ヨー

ロッパの法的伝統の他には変られない基準点を構成し、ローマ法は、ヨーロッパ大陸の法秩序に全体としての統一性を与えてきた。<sup>(7)</sup>

しかし、時代の卓越性のみによって、研究のそのながい専断性が説明しつくされるものではない。これについては、サヴィニーをはじめとするドイツの理論の影響も重要である。イタリアの法学への一八〇〇年代ドイツ文化の牽引的役割は決定的であり、そこでもサヴィニーの著作と思想は称讃された。<sup>(8)</sup> 後述される方法論の特質と深いかかわりをもちながら、一九世紀イタリアにおけるゲルマン法学派とローマ法学派との分裂は、ドイツ法史学の影響の結果である。イタリアでの研究の中期への集中は、ドイツにおける近世法制史の研究が *Verfassungsgeschichte* (国制史) または *Privatrechtsgeschichte* (私法学説ないし私法思想史) という形をとって本格的に開始されたのが第二次大戦後のことであるという事情からも説明出来る。<sup>(9)</sup> その結果、今次大戦後においてもしばらくは、ムラトウリ、A. Muratori (一六七二—一七五〇)、ベッカリア C. Beccaria (一七三八—一七九四)、ロベニョーシ G. D. Romagnosi (一七六一—一八三五) あるいはイタリア商業学派 *la scuola commercialista italiana* などイタリア史上傑出した人物達の研究への法史学の(一般的には法学の)寄与はごくわずかであった。<sup>(10)</sup>

- (1) F・ヴィーアッカー・鈴木祿弥訳『近世私法史』、創文堂、一九七五年、三頁。但し、ヴィーアッカーによれば、「ヨーロッパにおけるローマ法の歴史については、ローマ法は全ヨーロッパの起源をもっているから、ローマン主義以降においては、サヴィニー Savigny の *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*」以降は、普遍的観察方法は、放棄されることはありえなかった」ことになる(五頁)。

イタリア法史学の傾向と問題点(村上)

- (2) A. Mazzacane, op. cit., p. 10.
- (3) グラムシ「リナッシメント」「リソルジメント」「リスコッサ」山崎功監修『グラムシ選集』4、合同出版、一九七八年、一八一—一八二頁。
- (4) L. Salvatorelli, *Pensiero ed azione del Risorgimento*, Torino, 1963, p. 16.
- (5) 鋭いゲルマン法批判者である N. Tamassia においては、ローマ法にゲルマン法が浸透したかのようなのであるが、確かにミッタイスが指摘するように、彼のなかでどの程度に民族主義的運動があつていたかということを確定するのは難しいが、彼は子供の頃「外国統治」を経験してゐた。H. Mitteis, *Zur Lage der Rechtsgeschichtlichen Forschung*, op. cit., p. 214.
- (6) B. Paradisi, op. cit., pp. 98, 288, 522.
- (7) L. Berlinguer, op. cit., pp. 12-13. 歴史的にきわめて重要なこの時代への研究上の停泊は、ポジティブな諸結果をもたらした。それは非常に広い史料源の認識と領有であり、それらは、法現象についてだけでなく、中世イタリアの政治的社会的な生活についての解釈に対する貴重な光を投げかけた。法史の寄与がなければ、中世期権力の、社会的諸階級の、経済制度の、経済関係の歴史は異なつたであろうし、多くの空隙を残したままであろうことも確かである。「また今日でも、社会的編成の他の諸局面の歴史に不案内な人々にとつても、諸々の根源のはかり知れない遺産についてのときわめて発達した研究の認識と技術の敏活な利用は、祖国の歴史の秀でた諸姿態を再構成するための有効で豊かな道をひきつづき示している」(ibid)。
- (8) H. Mitteis, *Zur Lage der Rechtsgeschichtlichen Forschung*, op. cit., p. 205.
- (9) ミッタイスIIIリーベリッヒ・世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説 改訂版』創文社、一九七二年、「訳者あとがき」五九七—五九八頁。
- (10) L. Berlinguer, op. cit., p. 14. 商業学派は、一六世紀に始まる経済社会の転換に対応すべく、一般民事法とは区別された商法の制定に尽力するとともに、交易生活の新しい要求に応ずべく商法の体系的な解釈を展開した。B. Stracca, *Tra-*



*clatus de mercatura* (1533). S. Scaccia, *Tractatus de commercio et cambio* (1684). R. De Turri, *Tractatus de cambiis* (1641). F. Rocco, *Responsa legalia* (1655). A. de Ansaldis, *Discursus legales de commercio et mercatura* (1689). G. M. Lorenzo Casaregis, *Discursus legales de commercio* (1719). Cf. *Diritto commerciale*, in *Enciclopedia del diritto* XII, Milano, 1964, pp. 921-928.

## 二

われわれは、ある時期までのイタリア法史学がほとんど中世研究であった理由を探ってきたが、それらはいわば周辺の、外在的な事情である。対象時代の限定と、他の法史学の特徴、いわゆる編年的で、外在的、記述的な法源史、また法現象の実体の唯一の論証形式としての制度史、とを結びつける内在的な論理が問われなければならないであろう。

ドイツにおける歴史法学から純粹法制史への変遷がイタリアに影を落したことについてはすでにふれたが、それにつれて、イタリアでの研究と教義は半島内の法現象に限定され、G・ヴィーコの世界史的概念は衰え、法制史はダイナミズムを失い、過去についての靜態学が現われ、純粹考古学的傾向が地位を占めていった。<sup>(1)</sup>この法史学においては、時間は単なる前後の年表に、諸秩序の継続的な変化の記録に還元される。歴史は、時間の尺度と制度の展開（もしくは「進化」）との外在的な関係である。<sup>(2)</sup>ここからメタ歴史的性質が引き出されるのであり、すべての法源は同次元上で処理され、純粹に論理的なリズムのなかで精査され、結局は、現在の永遠化へ、また過去の現代化へ事実上帰

着する。ここからまた、ステロタイプのテーマの設定、規範や教義への研究の限定が、近代法史のほぼトータルな排除をとめないながらの中世法史への集中が、全体における歴史的・政治的分析との断絶をとめないながら、導びかれてくる。したがって、研究対象の限定の問題は、その方法の特殊性の不可避免の結果である。

ところで、伝統的なイタリア法史学のドグマティッシュなイデオロギーの類型は、ローマ法および中世法の歴史にとって共通である。しかし、ここではまずローマ法学のドグマティクの傾向の一貫性に注目したい。というのも、イタリア法史学の方法にとって、その非歴史性にとって、ローマ法学が手本となったからに他ならない。もちろん、このように云う時、パラディージが指摘するように、ローマ法学が、その規範、経験的に構成された概念の総合により、強靱な生命力をもって、社会的諸関係の秩序にとって常に有効な道具として考えられ、かつその機能を果してきたことを、否定するわけではない。すでに述べたように、ヨーロッパの法文化にとって決定的な基準点を構成したユスティニアス法典に集約されたローマ法学の技術的な莊嚴な構造物の理論的体系的な一貫性は、ローマ法を不朽の常に有効な遺産として現出することに大いに寄与した。

問題にされるべきは、ローマ法の「有効性」が失われていく一方においても、その歴史家が、ローマ法の存在についての非歴史的テーゼを保証しつづけたことであり、かくして、古代社会のダイナミズムを平板にしてしまったことである。ローマ社会の法制度の諸形態や私法制度についての正しい視点はドグマの祭壇でいけにえにされた。<sup>(4)</sup>（新しく複雑な社会的・政治的關係に法律的秩序を与える必要から生まれた法律研究も）最初それはローマ法にむけられたのは事実だが、しかし、その研究は急速に退化して、些細な教理問答に墮したのである。というのは、『純粋な』ロ

ローマ法は新しく複雑な関係に秩序をあたえることができなかったからである。事実、ローマ法の注釈家や代理注釈家の教理問答をとおして、(貴族なり商人なり) いちばん強力な者を正しいとする判例がつくられ、それが実在する『唯一の』法律学だったのである。したがって、ローマ法の諸原理は、忘れられるか、粗雑な解釈でゆがめられ、解釈そのものが再解釈されて、結局、所有についての純粹で単純な原理以外に、なにひとつローマ的なものが残らなくなってしまったのである。<sup>(5)</sup>かくして、適合能力と改良の一貫した作業を通じて数世紀にわたって生命力を保持してきたローマ法学も、ヨーロッパ社会の急激で深い変化のなかでそれを失い、メタ歴史的な抽象は極点に達した。

他方、イタリア法史学もまた『中世のローマ法』という理念を包含し、ローマ法の経験の中世社会への適用現象を解釈し、歴史全体へ本質的にメタ歴史的方法を拡大してしまった。種々の法制度の再構成へ歴史研究が向けられる場合には、ローマのモデルをベースとして、パンデクティストによって、歴史的視点からは恣意的に構成された分類体系のなかで整序された。かくして、ローマ古代文化のための研究は、内的な歴史を欠いたまま、中世期にまで拡大され、法史学のいわば伝導軸となった。<sup>(6)</sup>このような、歴史的諸体系の因果的構造を喪失した法史学がとりあつかうのは、過去の諸制度のたんなる編年の諸姿態にすぎない。<sup>(7)</sup>この問題は後に再びとりあげられるであろう。

ここで文献学 *la filologia* について触れておきたい。確かに、いわゆる文献学は、歴史主義の方法によって、継続的な利用によって伝承され改変された解釈を通じて知られるおびただしい史料の始源的な典拠についての、直接的で言語学的な探求を展開させた。各時代の法的典拠にたちかえりながら、事実に素材を忍耐強く厳格に再構成することの価値を強調することは、どのような歴史研究にとっても不可欠な要素である。とりわけ法律学においては、解釈や

注解の種々のテキストへの積み重ねが行われ、かつそれらが数世紀にわたって活力を有するのであるからいっその重要性をもつ。したがって、文献学に対する論争において、その矢が向けられるべきは、その言語的処理とオリジナルな解釈における注意深い観察の作業に対してではない。

「歴史学派は原史料<sup>フヴェン</sup>の研究をその合言葉にした。そしてこの学派は、原史料への愛着を極端にまで高めて、ついには船頭にむかって、河の流れでではなしにその水源<sup>クヴェルン</sup>で漕げ、と要求するほどになっている。だからこの学派は、われわれがこの学派の水源をたずねてフーゴーの自然法にまでさかのぼることを正当とみとめるであろう。」<sup>(8)</sup>論争の矢が向けられるべきは、文献学の中立性の主張であり、文献学をもって歴史学に完全に置きかわることの主張に対してである。純粹の文献学的研究にとつては、哲学は攪乱の要素として現われるが、単に出来事を分類し、外在的もしくは編年の系に整理する制度史に対しては、クローチェ以来のイタリア・イデアリズムからも批判が向けられてきたところである。法史は、精神の展開として考えられるのではないならば、一つの抽象である。<sup>(9)</sup>「特定の歴史的社會構成体における具体的全体としての法体系の質的規定性、構造的特質……を把握するためには、たんなる『経験的』諸『事実』のつみ上げによってではなく、対象の内的諸連関の總体を論理的方法で把握するのでなければならぬ。」「言語的・文献的形象をとつて外的に表現された法の具体的現象形態……の總体もしくは一定の集合体」は、「イデオロギー的活動の所産であつて、すぐれて抽象的な形式をまとうている。したがって、……現象の内的・本質的連関をとりだし、外的・非本質的なものを捨象する認識過程は、イデオロギー批判としての性格をもたざるをえない。」<sup>(10)</sup>

(1) H. Mitteis, *Zur Lage der Rechtsgeschichtlichen Forschung*, op. cit., pp. 206-207.

(2) B. Paradisi, op. cit., p. 31.

(3) Ibid. p. 174.

(4) L. Berlinguer, op. cit., pp. 17-18.

(5) グラムシ「宗教改革とルネッサンス」前掲書、一四九頁。

(6) L. Berlinguer, op. cit., pp. 19-20. バウンドの主張はこの限りでは正当である。「(歴史学派に属する人達)が試みたローマ法のテキスト研究は、特定の目的のために試みられたのであって、それはその時代と法律と直接に関連をもつ目的のためだったのである。従って彼らは、過去の法律をば近代法式に分析することによって、近代法の分析によって到達した各概念を検討し、確かめることに精力をそそいだのである。そしてこれによって彼らは、近代法の整序に必要な総合的な各概念は、特定の規則、理論、制度の展開の中に発展した理念を表現したものであることを論証したのであった。……彼らはローマ法史の一階梯として現代の法律を研究し、普遍的な法律史の一部として、ローマ法史を研究したのである」(バウンド・高柳訳『法律史観』五六頁)。

普通法のイデオロギーも、この流れのなかで吟味される必要があるだろう。現実の歴史が帝国や教会の普遍主義に対して国家の独立と王権に向っているなかでの普通法は、イタリア注釈学派の精神の産物であり、また、さきに指摘した統一への復帰という作業の原動力であるイデアリスティックでナショナルリスティックな押型の一つのイデオロギーであるが、イタリア法史学はこれを受け入れた。例えば、われわれは、カラッソがイタリアの法生活の統一への再構成を探索したことを知っている (F. Calasso, *Il concetto di diritto comune*, in 《Arch. giur.》III, 1934, pp. 59-97; *Storia e sistema della fonti del diritto comune*, Milano, 1938; *Il problema storico del diritto comune*, in 《Studi di storia e diritto in onore di E. Besta》, II, Milano, 1939, pp. 461-513; *Lezioni di storia del diritto italiano. Le fonti del diritto*, Milano, 1948; *Lezioni di storia del diritto italiano. Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento*, Milano, 1948; *Gli ordinamenti giuridici giuridici del rinascimento medievale*, Milano, 1949; *I glossatori e la teoria della sovranità*, Firenze, 1945; *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951)。彼は、イタリアの諸法秩序の極度の多様性の統一化が単一の法体

系へのそれらの整序によってのみ達成出来ると考えたが、その体系が普通法の体系であった。しかし、カラッソの大胆でオリジナルな思想行程を高く評価するミッタイスも、カラッソの立証が問題をかかえていることに同意している。即ち、カラッソの結論の多くは、歴史的帰納法よりも論理的弁証法で獲得されたものであること、一三、四世紀の著作家たちの時代錯誤の表現が充分に考慮されていないこと、「イタリア法制史の統一とヨーロッパへの到達は、まだ歴史的確認のまだれる大胆な見通しであること」である」(H. Mitteis, *Zur Lage der Rechtsgeschichtlichen Forschung*, op. cit., pp. 236-237)。

- (7) U. Cerroni, *La libertà*, op. cit., pp. 46-47.
- (8) マルクス「歴史法学派の哲学的宣言」大月書店版『マルクス・エンゲルス全集』一卷、九〇頁。
- (9) B. Paradisi, op. cit., p. 31. Cf. B. Croce, *Storia della storiografia italiana nel secolo decimono*, Bari 1947<sup>3</sup>, vol. I, p. 245.
- (10) 藤田勇『法と経済の一般理論』日本評論社、一九七四年、二一〇—二一一頁、二六五頁。

#### 四

次に、これまでいくたびか論じられてきた法的経験の継承性の問題<sup>(1)</sup>に、限定された視角からふれてみたい。

伝統的なイタリア法史学は、ヨーロッパの法的経験の連続性をローマ法の命脈の上でとらえるのであるが、近代法史学は、「古代」と「近代」との実質的な平等を推論する。つまり、ローマ法のカテゴリ<sup>(2)</sup>の、それが歴史的に思考されたその社会と時間を超えての使用可能性を評価するものである。「古代」と「近代」との間に残された差異は、「近代」が「古代」を「純化」し、「完成」するという進化論・目的論の論理で解決される。しかし、われわれは、こ

のような超歴史的なカテゴリーの永遠性と不動性を仮定する伝統的なイタリア法史学の理論的枠組からひとまず離れることが必要である。連続性 *la continuità* という平板な外観によって、法的諸形態の歴史的なダイナミズムを、またその根元的な独自性を明らかにしうるような分析を導びくことが不可能なように思われる。オレスターノも、層をなしての無限への発展という一種の有機的成長として、自然で自発的な内的な展開による漸次的な移行として歴史的諸過程を考察することには不自然さがあることを指摘している。<sup>(3)</sup>

要するに、過去のある社会的編成の諸要素が、それらを起因する歴史的契機や社会的―生産的枠組を超えて類似の形態で存続するような現象の問題であるが、この問題は、われわれとは異なる視点からもとりあげられ、それへの解も準備されもした。例えば、「現行の法律規範が形式上完全に同一であつても、規制された法律関係、従つてまた規範そのものの文化意義も根本から変化することがあり得る」<sup>(4)</sup>ことに注目したのはウェーバーであつた。また、法史における古い精神的諸力と新しい社会状態との結合に注目したヴィーアッカーによれば、「ある時代の経済的社会的状態のうちには、それ以前の時代から承継された法が、沈澱しており、かかる経済的社会的状態のもつちもろの素材と思想との間には、摩擦が生ずる。また集団意識のもつち諸慣習は、思想の大きな変化のもつち影響力をもたつかせ、弱めかつ中和する。かかる摩擦と集団意識のもつち諸慣習とからして、上述の精神的な力と社会状態との間のずれの理由が、説明されうるのである。<sup>(5)</sup>」

よりいっそうわれわれにとつて注目されるのはギュルヴィッチである。分析法学・「法実証主義」および「倫理的規範主義」は、ローマ帝政時代およびヨーロッパ大陸の一九世紀後半期に採用され、「またあらかじめ固定された統

一的な法源にいろいろな法規を還元させてみるという法の組織化の技術的な手続を、不変的な法の本質として容認する」と批判するギュルヴィッチによれば、「法的規制の起源とその持続性とは、国家からまったく独立しているということとは、周知の事実である。すなわち、法よりも後時代にはいつて構成された国家は、なん世紀にもわたって法的作用にほとんど干渉するようなことはなかった」のであり、「ある同一の社会内で、いろいろな法の体制が、ともに妥当するという断定が相拮抗するということもまたがう余地がない」<sup>(6)</sup>。ギュルヴィッチの価値は、歴史的諸過程の連続的な形象を破壊し、その不連続性を強調したところにある。彼によれば、現代の社会学は、諸社会的タイプの差異性と不連続性にますます関心を集めているのであり、その観念が地歩を占めるほどにその一般化と連続性をいちじるしく制限する。かつては、社会については大文字Sで語られたが、今や一つの「社会」は存在しない。多様な社会のみが存在する<sup>(7)</sup>。特殊な社会類型における法の変動・発展・退化の諸要因と諸傾向としての規則性を研究する「発生的法社会学も、徹視的法社会学や分化的法社会学の助けをかりなくてはすむことができないということを立証する。前者は、変動の研究の支点を提供し、後者は、そのなかでのみ発展の規則を発見することができる不連続的類型を固定化する。じじつ法的制度の直接的発展を語ることは不可能である」<sup>(8)</sup>。「ある類型から他の類型への推移は、つねに不連続性を意味するものである。ここでは、この不連続性の裂目はひじょうにあきらかであるし、ある社会で交替しうる類型が極度に変化することもありうるわけであるから、ここで蓋然性をもとめることすらいたって危険なことである」<sup>(9)</sup>。しかし、ギュルヴィッチは、社会の歴史的諸タイプを定着させることよりも、きわめて変化しやすい規定のヒエラルキーからなる社会生活の諸形態の素描に関心をもったのであり、したがって、哲学的には「精神の社会



学」に再び改宗した。<sup>(10)</sup>

また次のような仮説がある。即ち、ある一定の社会的形態の、けっして固有のではなく（したがって歴史化され得ない）、むしろすべての社会形態にみられる（したがって永遠の、変化しない）（上部構造の）現実的諸要素が存在する、というものである。そのような仮説をたてることによって、法的諸カテゴリーや制度的諸形態の、とりわけ私法上の、粘着性 *vischiosità*、慣性 *inerzia*、適応性 *adattabilità*、柔軟性 *flessibilità* を理解することが出来るのであり、連続性を説明することが可能となる、というものである。しかし、この仮説は、時に異常な生命力をもつ個別の事実を過大評価し、その特殊な形象と特徴づけを規定するところの社会的脈絡から恣意的にきりはなしたところに、諸事実の關係と枠組をつくりあげている。本質的にはイデアリスティックな設定のために、この仮説は、法現象の諸形態の外的な把握にとどまり、形式的外被と歴史的本質とのその全体性を理解することが出来ない。<sup>(11)</sup>

確かに、生産様式の変化にともなう社会的枠組のなかに導入される革新性についての機械的な評価は、歴史的にも論理的にも誤りであるし、ウェーバーも批判してやまなかった、きわめて概括的な定式化に満足している史的唯物論者の危険、「還元主義」の危険におちいることになる。しかし、すぐれた最近の論議の結接点の一つはここにあるのであり、「一般理論」の成果は、法史学に対しても、重要な示唆を投げかけているものと思われる。

アルチュセールは、社会のあらゆる矛盾とあらゆる構成要素の「重層的決定」という理論から次のように結論する。「(1)構造における革命は、その事実だけで、*ipso facto* 現存の上部構造とくにイデオロギーを一瞬にして変えはしない（もし経済による決定が唯一の決定であれば、そうなるはずであろう）。なぜなら上部構造は、その生命の直接

的な文脈の外で、生きながらえ、さらには代用物としての存在条件を一時的にふたたびつくりだし、『分泌する』のに充分な堅固さをそれ自身そなえているからである。(2)革命から生まれる新しい社会は同時に、その新しい上部構造の形態そのものによって、あるいは特殊な「状況」(国内的、国際的)によって、その社会自体が、古い諸要素の存続、すなわちその復活をひき起こすことがある。<sup>(12)</sup>

アルチュセールにおいては、歴史的時間の連続性と非連続性との弁証法的統一が否定されている、と批判するセローニによれば、過程つまり動態的であり、静態的でない現実を表現している「経済的社会構成体」というカテゴリーは「〔生産〕諸関係」あるいは《生産様式》、《土台の経済的構造》あるいは《法律的—政治的上部構造》あるいは《イデオロギー的〔上部構造〕》等々のようなその他のカテゴリーとちがって、ある社会の生活の相異なる経済的、社会的、政治的、文化的諸領域の統一性(そして、ここでつけ加えるならば、全体性)を表現する。さらに、このカテゴリーはその歴史的発展の連続性〔継起〕と同時に非連続性〔断絶〕においてこの統一性(と全体性)を表現する。<sup>(13)</sup>勿論、経済的社会構成体というカテゴリーがわれわれの直面している課題にすべからず答えるものではないが、ここにも、不連続性を通じて連続性を再構成し、歴史的—社会的客体の諸個の特徴と共通のそれを混同することなく理解することに同意し、変化の諸過程を個性化するマルクスと、さきに示したギュルヴィッチとの差が示されている。

(1) 例え<sup>24</sup> F. Calasso, *I pensieri sul problema della «continuità», con particolare riguardo alla storiografia giuridica italiana*, in 《Storicità del diritto》, Milano, 1966, pp. 263-286. G. Astuti, *Legislazione e riforme in Piemonte nei secoli XVI-XVIII*, in 《La monarchia piemontese nei secoli XVI-XVIII》, Roma, 1951, pp. 103 sgg.; *Il Code Napoleon*

*in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successivi*, in Accademia nazionale dei Lincei, *Atti del convegno di Studi napoleonici*, Roma, I, 1973, pp. 175-237. A. Schiavone, op. cit., pp. 66 sgg. *La continuità nella storia del diritto. Seminario italo-tedesco di storia del diritto*, Milano, 1972 (a cura di A. Erlner ed E. Bussi).

- (2) A. Schiavone, op. cit., pp. 66-67.
- (3) R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Torino, 1961, p. 311.
- (4) M・ウェーバー『社会科学の方法』、岩波書店、一九六六年、六二頁。
- (5) ヴィーアッカー、前掲書、八一―九頁。
- (6) G・ギュルヴィッチ・潮見俊隆・寿里茂訳『法社会学』、日本評論社、一九六六年、七一―八頁。
- (7) G. Gurvitch, *La vocation actuelle de la sociologie*, Paris, 1950, p. 21.
- (8) G・ギュルヴィッチ、『法社会学』、六五―六六頁。
- (9) 同書、三〇―四頁。
- (10) U. Cerroni, *Il diritto e la storia*, op. cit., p. 317.
- (11) L. Berlinguer, op. cit., pp. 24-25.
- (12) ルイ・アルチュセール・河野健二、田村叔訳『甦るマルクス』I、人文書院、一九七三年、一五八頁。
- (13) E・セレーニ「マルクスからレーニンへ——《経済的社会構成体》のカテゴリ——」、パンセ編集委員会編・大枝秀一訳『史的唯物論と社会構成体論争』所収、大月書店、一九七三年、三一―三二頁。

## 五

以上述べてきたことは、本来的に「歴史的なもの」と「論理的なもの」との相互関係という認識論上の根本問題に行きつく。しかし、ここでは、イタリア法史学がかかえてきた欠陥を克服する上での理論的道筋を探るために、チェ

ルローニの「一般理論」の研究成果に依拠し、それを整理するにとどめ、本稿のむすびとしたい。

チュルローニは、次の確認から出発する。法のカテゴリーと歴史との関係は、論理的カテゴリーと歴史との関係と本質的にことなるものではなく、論理と歴史との一般的な関係の一つの局面である。イタリアにおけるパンデクテン学派の勝利は、学問における形式主義的—実証主義的傾向を一般化したのであり、法のロジックは《*spirito del sistema*》にまで高められ、法学の方法の固有の領域から哲学、歴史、政治は排除されてしまっただけに、この確認は必要なことと思われる。この確認の必然的な帰結は、法の体系性を法規範の規範的妥当性の論理的連鎖の問題としてとらえ、法をその社会的・階級的内容から切りはなして「純粹」に規範的存在としてとらえる立場、特殊な「法の論理」の発見に基づいて法とその認識の例外性を宣言してきた立場とは、根本的に異なる。<sup>(1)</sup> 法のカテゴリーと歴史との関係にわれわれがとりくむ場合に設定する問題は、純粹の法律家の支配的なドグマティクに対立する。しかもまた、諸個の歴史的展開のすべては至上の精神的諸価値の宣言であり現われであるとして、精神の諸価値の間断なき流れの概括において歴史学の問題にかかわる哲学者・歴史学者もわれわれと対立する。前者は、歴史なき論理の王国を宣言するに至っているのであり、後者は、論理なき歴史の王国を宣言するに至っている。換言すれば、論理が科学的考察の養分そのものであるとするならば、それぞれは、歴史なき科学もしくは科学なき歴史を告知していると云わざるをえない。両者の欠陥の根本は同じである。一方では、両者のカテゴリーは、カテゴリーの構造の歴史的根拠を欠いていた、現代の共有の觀念によるものであるということであり、他方では、歴史的対象の論理的構造を考察することなく、歴史の論理的尺度として、經驗的な単位の純粹に時間的継続をとらえているということである。<sup>(2)</sup> イタリア法

史学においても、歴史と科学とは、明白に区別される、論理的に対立する諸関係に基づく二つの精神的活動である、ということ承認するなかに一般の合意があるということがカサンドロによっても確認されている。<sup>(3)</sup>

マルクスは、I・I・カウフマンによって献ぜられたものに同意を示している――

「社会の運動を一つの自然史的過程とみなして（おり）……もし意識的要素が文化の歴史で果たす役割がこのように従属的なものとすれば、文化そのものを対象とする批判は、ほかのなににもまして、意識のどれか一つの形態やどれか一つの結果をその基礎とすることはできないということは自明である。すなわち、この批判のためには、観念ではなく、ただ外部の現象だけが出発点として役だつことができるのである。批判は、ある事実を、観念とではなく、他の事実と比較対照することに限られるであろう。」<sup>(4)</sup>

チェルローニによれば、社会的諸関係を生産諸関係の上に、すなわち人間と自然との社会的諸相互関係の上に基礎づけながら、マルクスは、ダーウィンが自然科学のなかで仕上げた革命を人間科学のなかで完成した。<sup>(5)</sup> マルクスは、人間の自然的諸関係を再構成し、伝統的な人間科学と自然科学との間隙を方法論上克服し、社会についての思弁を、社会的諸有機体間の相違は動植物諸有機体間の相違と基本的に同じであるという仮説に、その歴史的物質的な相違するタイプへの経験的な考察におきかえた。そしてマルクスは、現在のカテゴリの歴史のカテゴリへの還元をわれわれに示唆するのであり、また純粹に年代的な歴史が現わすところのうわべの流動性の下にある過去の諸カテゴリの特殊な構造を過去の諸社会的有機体の内部に探求するようにわれわれにすすめている。<sup>(6)</sup>

ここでも、われわれは、マルクスの次の指摘を想起する必要がある。「およそどの歴史的、社会的科学の場合にそ

うであるように、経済学的諸範疇の歩みの場合にもつねに次のことが銘記されなければならない。すなわち、現実界でそうであるように頭のなかでも主体が、ここでは近代ブルジョア社会が、あたえられているということ、したがって、諸範疇は、この特定の社会の、この主体の諸存在形態、諸存在規定を、しばしばその個々の面だけを、表現しているということ、したがってまた、近代ブルジョア社会は、科学的にも、それがこの、ようなものとして問題になるときにはじめて始まるのではけつてないということである。「それだから、経済学的諸範疇を、それらが歴史的に规定的範疇だった順序にしたがって配列することは、実行もできないし、まちがいであろう。むしろ、諸範疇の順序は、それらが近代ブルジョア社会で互いにもっている関係によって規定されているのであって、この関係は、諸範疇の自然的順序として現われるものや歴史的発展の順序に対応するものとは、まさに逆である。<sup>(7)</sup>」経済学的諸範疇の「配列」の順序は、近代ブルジョア社会の経済的諸関係の編成によって、したがってまたそれらを表現する諸範疇のこの社会における相互関係によって規定される。<sup>(8)</sup> マルクスは、厳格に事物の論理に即してふるまい、そのさいに、経験的経過の、非本質的で攪乱的なすべての契機を捨象することによって、彼は、直接に現前する発展を年代順に追うことに自足する場合よりもいっそうふかく、その歴史的、内実に達している。<sup>(9)</sup>

「労働の一定種類にたいする無関心は、現実の労働種類の非常に発展した総体を前提するのであって、これらの労働種類のどの一つもはやいっさいを支配する労働ではないのである。こうして、最も一般的な抽象は、一般にただ、ある一つのものが多くのものに共通に、すべてのものに共通に現われるような、最も豊富な具体的な発展のもとでのみ成立するのである。」「このような、労働一般という抽象は、たんに種々の労働の具体的な総体の精神的な結果

であるだけではない。特定の労働にたいする無関心は、個々人がたやすく一つの労働から他の労働に移り彼らにとつては労働の特定の種類の種類は偶然でありしたがってどうでもよいものになるという社会形態に対応する。労働は、ここではたんに範疇としてだけではなく現実にも富一般の創造のための手段になっており、職分として個人と一つの特異性において合生したものではなくなっている。」「だから、近代の経済学が先頭に立てている最も簡単な抽象、そしてすべての社会形態にあてはまる非常に古い関係を表わしている最も簡単な抽象は、それにもかかわらず、最も近代的な社会の範疇としてはじめて、実際に真実にこの抽象において現われるのである。」「この労働の例が適切に示しているように、最も抽象的な範疇でさえも、それが——まさにその抽象性のゆえに——どの時代にも妥当するにもかかわらず、このような抽象の規定性そのものにあつてはやはり歴史的諸関係の産物なのであつて、ただこの歴史的諸関係だけにたいして、またただこの諸関係だけのなかだけで、十分な妥当性をもっているのである。<sup>(10)</sup>」

ところで、近代法律学は、既述したように、法学の規範学的自律を宣言するとともに、諸原理の歴史的実証的解明への無関心を認めたのであり、またかくしてカテゴリーの領域を哲学的論理の支配へゆだね、論理と歴史の分離を強固にした。純粹に論理的（哲学的）な方法によつて法的カテゴリーを構成する近代法律学は、あしきカテゴリー体系のみならずあしき歴史的諸制度の体系をもたらしした。事実、カテゴリーの歴史的な解明の欠除は、法カテゴリーの没歴史的形象と、過去の制度の歴史の没論理的（たんなる年代記的）形象を容認する。実定法制度の歴史は、法の初期の「胎児」から近代的な「完成された」カテゴリー体系へと漸進的に上昇する形態をおびるのであり、そのこと自体はまた、近代のカテゴリーと歴史的諸制度の不転換性を確認する。既述したところの現在の制度及びカテゴリーの

永遠化と過去の現代化。かくして、歴史的諸体系の因果的構造を失なう一方で、実定体系の目的論的再構成と体系の純粹で単純な年代記の窮極原因的宿命論へいざなつた。<sup>(11)</sup> カテゴリーの歴史性は論理的展開の単なる一階梯に転化する。いつさいの歴史的差異が抹消され、どんな社会形態にもブルジョアの形態がみられる。思弁哲学は、かくして、法の実証科学の法的諸カテゴリーの歴史的基礎の可能性を切斷し、同時に、法の歴史をイデーの単なる現象学的表示に、哲学的に光彩を与えられたたんなる編年記におとしめてしまった。

以上、われわれは、イタリア法史学のかかえてきたそのいくつかの特質と論拠についての素描を試みてきた。結局のところ、イタリア法史学の理論的基礎やその限界は、近代法律学の論理—形式的な（ドグマティシュ）教義の基礎と限界とを共有するものである。自然法論、法実証主義、歴史学派、パンデクテン学派は、それぞれの相違を内包しつつ、いわゆるブルジョア法の内的プロセスと理論的枠組を表示するものである。しかし、イタリア法史学は、その伝統的特質を今日もおお根強く残しているとはいえ、とりわけ五〇年代の「法の危機」をめぐる論議を媒介して以降、新たな方法的自覚のもとに、すぐれた成果を生みだしてきている事実も正当に評価されなければならない。イタリア法史学のメタ歴史的範型となったローマ法学においても、例えば、オレスターノは、多面的な考察を通して、ローマ法学の文化的母型についての批判的な再検討を加えたのであった。<sup>(12)</sup> 伝統の批判的な再検討のなかから、さらに、研究関心の、「秩序から法律家」への、制度のドグマティッシュな概観から法律家達の具体的な活動への、彼らのイデオロギー的、社会的、政治的配置への転換をとめないながら、古代法史へのマルクスのカテゴリーの適用



可能性の試みもなされてきているかのようである。<sup>(13)</sup>

また、ファシズムの歴史的経験は、その前史にも眼を向けさせたことでもあり、近代法史学の多様なすぐれた結果が生みだされてきている。とりわけ、政治史とともに、行政史、国家史は重要な寄与をしているが、これらはみな、統一国家から二〇世紀までの、国家の危機の前提と結果について特別な関心をよせてきている。歴史的結接的に向けられた新しい研究は、歴史の全過程に、資料的理論的な光をあてていくだろう。

(1) 「当為(sollen)と存在(sein)との対立は消したいものだということを根拠とした論理的規範主義は、結局のところ独断的な合理主義と結託した『法実証主義』の再現にはかならない。この場所の説くところによれば、まったく純粹な規範である法は、規範的・形式的研究しか認めず、他のあらゆる方法は、その研究の真の目的を阻害するものと考えられている」(G・ギェルヴィッチ、『法社会学』、六頁)。

(2) U. Cerroni, *Il diritto e la storia*, op. cit., pp. 311-312.

(3) G. Cassandro, *Storia e diritto un'indagine metodologica*, in «Rivista di storia del diritto italiano», XXXIX, 1966, p. 13. また「ドグマティックと歴史との間には、「本質的な分岐と回復し得ない対立」が存在するのであり、それは論理的に対立する諸関係に基づいてもない」(B. Paradisi, *La dogma et l'histoire vis-à-vis de l'historiographie juridique*, in «Arch. de phil. du droit et histoire», 1959, p. 24.

(4) マルクス『資本論』第一巻、大月書店全集版、二〇—二二頁。

(5) U. Cerroni, *Il diritto e la storia*, op. cit., pp. 314-315. このことは「社会ダーウィニズム」とは全く関係がない。マルクスが資本論を献呈しようとしたのはまさにダーウィンへであった——「僕の試練期間——最近の四週間——に僕はいろいろなものを読んだ。なかでもダーウィンの『自然淘汰』にかんする本。これは大ざっぱに英語で述べられたものではないえ、われわれの見解のための博物学的な基礎を含んでいる本だ」(一八六〇年一月二十九日、エンゲルスへの手紙、全集

一三、大月版、一〇五頁）。

- (6) U. Cerroni, *Il diritto e la storia*, op. cit., pp. 316-317.
- (7) マルマス「経済学批判への序説」全集二三、大月版、六三三、六三四頁。
- (8) 藤田勇、前掲書、二八〇頁。
- (9) A・シュミット・花崎皋平訳『歴史と構造』、法政大学出版社、一九七七年、四三頁。
- (10) マルクス「経済学批判への序説」前掲書、六三一—六三二頁。
- (11) U. Cerroni, op. cit., pp. 325-326.
- (12) R. Orestano, op. cit.
- (13) A. Mazzacane, op. cit., pp. 8-9.